

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

DANI RUDNICKI

LUCIANO FILIZOLA DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Dani Rudnicki; Luciano Filizola da Silva; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-995-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

TRABALHOS APRESENTADOS NO GT 55 DO VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

APRESENTAÇÃO

Com muita alegria, realizamos mais uma edição do Encontro Virtual do CONPEDI, com o Grupo de Trabalho sobre DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO. Estando em sua sétima edição, o evento virtual, assim como os congressos presenciais do CONPEDI se consolidam como o mais importante espaço de encontro dos pesquisadores da área do Direito. Achemos salutar a continuidade dos encontros virtuais, à par com eventos presenciais. Além de promover uma oportunidade de interação com estudiosos do direito penal e processual penal, o encontro virtual facilita a participação de professores, pesquisadores e profissionais do Direito. A qualidade CONPEDI continua no seu mesmo grau de exigência para os dois formatos, tanto em relação aos painéis como em relação aos trabalhos apresentados, conforme se pode ver nos artigos apresentados, a seguir.

Daniel Nascimento Duarte, em seu trabalho intitulado “O INSTITUTO DA IMPRONÚNCIA NO CONTEXTO AFIRMATIVO DA PLENITUDE DE DEFESA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: PARA ALÉM DE UM CONHECIDO” DIAGNÓSTICO, analisa a decisão de impronúncia durante os processos de crimes dolosos contra a vida e sua compatibilidade com o texto constitucional, tendo em vista a ampla defesa e as liberdades individuais, no entanto propondo não sua exclusão, mas mecanismos que a viabilizem de forma harmônica com um processo penal garantista, posto que no atual cenário a impronúncia apenas auxilia para um estado de insegurança ao estabelecer que diante de dúvida o magistrado poderá dar fim ao processo, mas sem absolver o acusado, uma vez que o mesmo poderá ser novamente denunciado pelo mesmo fato caso surjam novas evidências, sacrificando o princípio da presunção de inocência e gerando um “estado de pendência” que irá perdurar enquanto não ocorrer a prescrição do suposto ilícito, razão pela qual o autor propõe um prazo menor que o prescricional para que a acusação traga novos elementos probatórios, sob pena de extinção de punibilidade do acusado.

Ronaldo José Dos Santos , Alexander Rodrigues de Castro e Letícia Carla Baptista Rosa Jordão, na pesquisa “A CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DAS

ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL: UMA ANÁLISE DA OBJETIVIDADE JURÍDICA DA LEI DE DROGAS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE DO USUÁRIO”, diante do atual debate sobre a constitucionalidade do porte de droga para consumo pessoal previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, procuram defender que embora haja a necessidade de se resguardar os direitos à intimidade e privacidade, bem como a própria autonomia do indivíduo, tendo em vista a nocividade social inerente às drogas ilícitas, a criminalização de seu porte para uso se justifica conforme uma política de prevenção.

Gustavo Mamede Sant'anna Xará , Hellen Borges Silva e Maria Clara Neves Soriano, no trabalho “AÇÕES NEUTRAS QUANTO POSSIBILIDADE OU FAVORECIMENTO DE REALIZAÇÕES DE FATOS ILÍCITOS: TEORIA DOS PAPÉIS E DA PROIBIÇÃO DO REGRESSO DE GÜNTHER JAKOBS”, dissertam de forma bastante esclarecedora sobre institutos relacionados aos critérios de imputação objetiva desenvolvidos pela doutrina alemã quanto à não imputação do resultado ao agente nos casos de ações socialmente neutras e proibições de regresso quando o risco gerado não é juridicamente proibido, solucionando certos casos concretos que pela doutrina tradicional finalista (incluindo a que vem sendo adotada no Brasil) não se resolveriam. Os autores se referem à hipóteses em que o agente acaba contribuindo com determinado crime de maneira consciente, mas sem extrapolar o que se define como normal em sua atividade de rotina, afastando assim uma responsabilização criminal pelo concurso de agentes.

Jonathas Pereira dos Santos e Bartira Macedo Miranda apresentam uma pesquisa intitulada “A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO: O QUE SE ENTENDE POR FUNDADAS RAZÕES PARA A BUSCA DOMICILIAR? DISSENSÕES ENTRE STJ E STF”. Aqui os autores trazem um pertinente estudo sobre a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio e os limites necessários para as suas exceções, notadamente quanto às investidas policiais quando, diante de fundadas razões da ocorrência de um flagrante delito no interior da residência, é autorizada sua entrada forçada, embora a lei não defina o que seriam essas fundadas razões, gerando uma grande divergência na jurisprudência dos Tribunais Superiores, se haveria necessidade de conhecimento prévio sobre o delito praticado na residência ou se basta o fato criminoso em si, o qual só vem a ser conhecido após a entrada ilícita no domicílio.

O artigo “PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL PENAL”, da autoria de Raphael Quagliato Bellinati , Franciele Lippel Laubenstein e Carlos Antônio Sari Júnior, aborda a importante temática pertinente a principiologia. Trata-se de abordagem dogmática que busca identificar sua alocação dentro

do direito penal e constitucional, revelando princípio de interpretação de condutas e garantias do sistema.

O trabalho de Bráulio da Silva Fernandes e Nicole Emanuelle Carvalho Martins, “ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO BEM JURÍDICO PATRIMÔNIO E SUA FORÇA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO”, revela como o princípio da insignificância se relaciona com a legislação criminal brasileira. Considerando nosso DP patrimonialista e a desigualdade perante o sistema capitalista no caso concreto, pensa sobre a possibilidade de, partir da lei 13.964/2019, ser aplicado por analogia.

Nena Mendes Castro Buceles e Isa Debora Pinto Lopes apresentaram o artigo “RESPONSABILIDADE PENAL DAS EMPRESAS E DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO EM CASOS DE ACIDENTE DE TRABALHO” segundo uma perspectiva dos crimes culposos e omissivos quanto à responsabilidade criminal dos técnicos de segurança do trabalho e dos membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e Assédio (CIPA).

O artigo “CRIME DE INFANTICÍDIO: ANÁLISE HISTÓRICA, IMPORTÂNCIA NO DIREITO E NARRATIVA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI” de Cibele Faustino de Sousa e Cristiane Eusébio Barreira apresenta análise das decisões dos Tribunais do Júri no Ceará., bem como reportagens publicadas em jornais do Ceará.

“O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL”, apresentado por Willibald Quintanilha Bibas Netto, Murilo Darwich Castro de Souza e Giovanna Gabrielly Gomes Pinheiro, discute o do artigo 3-A do Código de Processo Penal Brasileiro, instituído pela Lei nº 13.964/19, e conclui pela necessidade de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal.

Na sequência das apresentações, Daniel Vitor Silva Queiroz e Dierick Bernini Marques Costa expuseram o trabalho intitulado “SONEGAÇÃO FISCAL E LAVAGEM DE DINHEIRO: ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE N.º 24” abordando questões conceituais e tecendo análises a partir de casos concretos e da construção do entendimento sumulado pelo STF.

No contexto da necessária afirmação do devido processo legal, Ezequiel de Sousa Sanches Oliveira apresentou o artigo “ENSAÍSTICA SOBRE AS NULIDADES NO PROCESSO PENAL” situando o debate entre o apego às formas e a instrumentalização do processo penal constitucional.

Por fim, Bruno Leonardo Valverde da Silva Pinto expôs o artigo intitulado “UMA ANÁLISE DA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA PALAVRA DA VÍTIMA”, trazendo em perspectiva interdisciplinar os debates da vitimologia, a necessária cultura de direitos e a preservação da pessoa.

Como coordenadores, honra-nos reunir essa variedade de textos e colaborar na condução de um evento marcado pelo proveitoso diálogo acadêmico e multiplicidade de visões. Espera-se que a presente publicação possa contribuir para o aprofundamento das temáticas abordadas e seus valores agregados, bem como para o engajamento junto ao Direito voltado a pensar problemas e a propor soluções. Estamos satisfeitos com a qualidade das exposições!

Nossos cumprimentos ao CONPEDI pela organização do evento e pela publicação desta obra coletiva. Boa leitura!

Prof. Dr. Dani Rudnicki (Universidade La Salle)

Prof. Dr. Luciano Filizola da Silva (UNIGRANRIO e UCB)

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Uema, Ceuma e Universidade de Salamanca)

O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

THE ACCUSATORY SYSTEM IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS AND ITS (IN)COMPATIBILITY WITH ARTICLE 385 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE

**Willibald Quintanilha Bibas Netto
Murilo Darwich Castro De Souza
Giovanna Gabrielly Gomes Pinheiro**

Resumo

Este artigo analisa como a declaração de constitucionalidade do artigo 3-A do Código de Processo Penal Brasileiro, instituído pela Lei nº 13.964/19, acaba por entrar em conflito com a previsão do art. 385 do mesmo diploma legal, pois a possibilidade do juiz condenar, mesmo que o órgão de acusação requeira a absolvição, não possui lugar na recém declarada estrutura acusatória do Código de Processo Penal Brasileiro. O histórico dos sistemas processuais penais revela que, em governos autoritários, o sistema tende a ser inquisitivo, por outro lado, em governos democráticos, sistema tende a ser acusatório. No caso do Brasil, o Código do Processo Penal foi instituído em 1941, em uma época de intenso autoritarismo governamental, contudo, o advento da Constituição da República de 1988 incentivou diversas alterações neste mesmo código, fazendo-o cada vez mais seguir por um caminho democrático e acusatório, até que, em 2019 foi editada a referida Lei nº 13.964 que, a partir do seu art. 3-A, declarou o sistema processual penal brasileiro como acusatório. Entretanto, após mais de quatro anos da aprovação da referida Lei, é possível perceber na jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, grande resistência em declarar a incompatibilidade do art. 385 com a atual sistemática do Código de Processo Penal. Nesse contexto, o artigo analisa os sistemas processuais penais, seu histórico na legislação brasileira, até o advento do referido artigo 3-A, momento em que o relaciona, de maneira crítica, com a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito processual penal, Sistema acusatório, Lei anticrime, Direito penal, Sistemas processuais penais

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes how the declaration of constitutionality of article 3-A of the Brazilian Criminal Procedure Code, established by Law No. 13,964/19, ends up conflicting with the provisions of art. 385 of the same legal diploma, as the possibility of the judge convicting, even if the prosecuting body requests acquittal, has no place in the recently declared accusatory structure of the Brazilian Criminal Procedure Code. The history of criminal procedural systems reveals that, in authoritarian governments, the system tends to be inquisitive, on the other hand, in democratic governments, the system tends to be accusatory.

In the case of Brazil, the Criminal Procedure Code was established in 1941, at a time of intense governmental authoritarianism, however, the advent of the Constitution of the Republic of 1988 encouraged several changes to this same code, making it increasingly follow a path democratic and accusatory, until, in 2019, the aforementioned Law No. 13,964 was enacted, which, based on its art. 3-A, declared the Brazilian criminal procedural system as adversarial. However, more than four years after the approval of the aforementioned Law, it is possible to perceive in the jurisprudence, including the Superior Court of Justice, great resistance in declaring the incompatibility of the art. 385 with the current system of the Criminal Procedure Code. In this context, the article analyzes criminal procedural systems, their history in Brazilian legislation, until the advent of the aforementioned article 3-A, when it critically relates it to the recent jurisprudence of the Superior Court of Justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedural law, Accusatory system, Anti-crime law, Criminal law, Criminal procedural systems

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa trata do art. 3-A inserido ao Código de Processo Penal por meio da Lei 13.964/2019, conhecida popularmente como pacote “anticrime”, que busca aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. Desde sua promulgação, a referida legislação vem trazendo discussões a respeito de sua recepcionabilidade pela Carta Magna e suas divergências com a legislação processual penal vigente. Tendo isso em vista, surge o problema de pesquisa: “a declaração de constitucionalidade do art. 3-A do CPP entra em conflito com a previsão constante no art. 385 do mesmo diploma legal?”

Na presente pesquisa, utilizar-se-á como metodologia de análise, a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira pertencente à temática. O desenvolvimento terá como base a revisão bibliográfica acerca do tema “o sistema acusatório no processo penal Brasileiro e seus desafios e perspectivas após o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) : 6.298, 6.300 e 6.305”, visando discutir a respeito de determinadas disposições do Código de Processo Penal que ainda vigoram no país, e que acabam por divergir do recém declarado sistema acusatório.

Desse modo, faz-se esse trabalho com a finalidade de introduzir ao debate e apontar as normas que ainda violam o sistema acusatório, seja por viabilizarem a atuação jurisdicional de ofício, ou pela contaminação do processo com um juiz parcial que atua na fase pré-processual e na fase processual. Dessa forma, busca-se por meio deste artigo reafirmar a importância da norma expressa no art. 3-A do CPP para a concretização do sistema acusatório no Brasil, sem a intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia.

Para alcançar o objetivo do trabalho, torna-se de suma importância analisarmos primeiramente, os sistemas processuais penais e sua evolução no decorrer da história. Logo após, discutir-se-á a evolução histórica do sistema acusatório no Brasil, para fins de compreensão do porquê o país enfrentou e ainda enfrenta dificuldade em estabelecer um sistema acusatório. Por fim, serão estudados os reflexos da declaração de constitucionalidade do art. 3-A do CPP na legislação brasileira de processo penal.

1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O sistema processual penal, de acordo com Rangel (2005), pode ser traduzido como sendo o conjunto de princípios e normas que organiza as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto, é notório então que o sistema varia de acordo com cenário político-social de cada Estado. Se o governo é mais autoritário, espera-se um sistema mais cruel, e se o governo possui princípios democratas, espera-se segurança jurídica e proteção do indivíduo e de seus direitos.

No passado, os conflitos eram resolvidos de diversas formas, com atribuição da responsabilidade, isto é, do castigo. Com um propósito sempre muito claro, que houvesse paz. Não tencionava estabelecer a verdade sobre o fato, e sim, a conciliação. Quando alguém cometia uma infração, este deveria reconstituir o estado que as coisas estavam antes (*status quo ante*), reconciliando. Entretanto, se era cometido uma infração grave que pusesse o clã em perigo, fazia-se necessário uma punição para que a ordem pudesse ser restabelecida.

Ao decorrer dos anos, os sistemas processuais penais sofreram alterações, influenciados pela ideologia e sociedade de cada época. Nesse sentido, a doutrina discorre sobre três sistemas, sendo eles, o inquisitório, o acusatório e o misto. A Grécia Antiga é o berço do sistema acusatório, em virtude da participação direta do povo na atividade da acusação e como julgador. Logo, apesar do sistema acusatório ser o mais antigo, durante o Império Romano, ele se demonstrou insuficiente em virtude das novas necessidades de repressão dos delitos, e, além disso, a atuação popular direta possibilitava com frequência os inconvenientes de uma persecução inspirada por ânimos e intenções de vingança. A insatisfação com o sistema acusatório vigente fez com que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar.

Ocorre que, em meados do século XII o sistema inquisitivo foi ganhando mais espaço com a possibilidade da existência de um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito, conseqüentemente os juízes foram invadindo a esfera do particular e começaram a atuar de ofício, acusando, investigando e sentenciando. Nesse período, a igreja católica se fortaleceu e se tornou muito importante politicamente, praticamente se confundindo com o Estado, pois o papa coroava e consagrava os reis, e em troca disso, a igreja recebia terras, reconhecimento e o apoio do Rei. Logo, podia ser acusado de heresia qualquer movimento religioso, com interpretação Bíblica diversa da igreja católica, ou mesmo qualquer desconfiança atribuída ao Papa, acusado de condutas que não condiziam com as Escrituras.

Ou seja, precisava-se reprimir os hereges de propagar tais doutrinas e principalmente mostrar ao povo que aquelas teorias eram vindas do Diabo.

Foi assim que, no transcurso do século XIII, foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, voltado a reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. Inicialmente, eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivessem conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento.

Assim surge a inquisição medieval, onde a igreja católica usa de sua união com o Estado, para abusar de seu poder e perseguir todos que iam contra os dogmas católicos. Nesse procedimento não precisava de muito para condenar alguém, bastava um simples rumor ou uma denúncia anônima e então uma investigação completamente parcial era instaurada, onde buscava-se cegamente a inalcançável e mitológica “verdade real”. “A prova não era fator de convencimento do juiz, mas instrumento para este convencer os outros do acerto da acusação que apresentara liminarmente” (Pinto, 2010, p.196). Ou seja, o juiz poderia decidir antes e apenas procurar as provas necessárias para o convencimento. O acusado já não era mais parte do processo, e sim, mero objeto da investigação.

O julgador gozava do direito de torturar o acusado para obter uma confissão, a qual era a prova mais importante, nenhuma outra valia tanto quanto, o que acaba sendo cruel, visto que após ser torturado por dias, é possível admitir algo que não fez somente para livrar-se do sofrimento. Algumas vezes, a pena para o delito cometido era menos cruel que a tortura sofrida durante o processo, caso o réu aguentasse 15 (quinze) dias sem confessar, este era solto, mas não considerado inocente, apenas não havia provas o suficiente para condená-lo, não havendo o transitado em julgado era possível a qualquer momento retomar o processo.

Trata-se de um sistema que violava diversos direitos fundamentais, concentrando o poder unicamente nas mãos do juiz inquisidor, responsável por investigar, acusar e julgar, o que, por si só, estabelece uma disputa desigual entre acusador (julgador) e acusado. O processo também era sigiloso, sem direito ao contraditório, conseqüentemente sem o devido processo legal. Dessa forma, não havia princípios como o contraditório e ampla defesa, publicidade e imparcialidade, os quais, hoje em dia buscam garantir que o indivíduo seja ouvido por um juiz competente e imparcial durante o processo, para que assim seja possível evitar uma condenação precipitada e injusta.

Com base nesse contexto histórico, Nucci (2019, p. 110), explica que o Sistema Inquisitivo é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do juiz, e que a confissão do réu é a prova mais importante, vale ressaltar que era a tortura era um método permitido para obter tal confissão.

Ocorre que, com a Revolução Francesa e o advento do Iluminismo, e consequentemente a defesa da liberdade, igualdade e fraternidade em contraposição ao absolutismo dos reis, o direito penal tornou-se mais garantidor e menos punitivista, não só impondo limites ao poder punitivo do Estado, como também dando maior atenção aos direitos considerados naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, os Direitos Individuais.

Foi nesse contexto que, Montesquieu (2018) defendeu a separação de poderes do Estado (com um perfeito sistema de freios e contrapesos entre eles) seria o modelo político adequado para se garantir os direitos individuais do cidadão e impedir qualquer concentração de poder estatal capaz de relativizar a liberdade. De fato, se na mesma figura política se concentrar o poder de criar, executar e interpretar as leis, não haverá entidade capaz de defender a liberdade individual.

Sendo assim, o pensamento jus-político daquela época influenciou o processo penal, havendo o retorno da estrutura processual acusatória, com ideal garantista e democrático, o qual trabalha com a clara distinção entre atividade acusatória e jurisdicional, demarcando a função das partes e do julgador. Refere-se ao juiz inerte e equidistante, isto é, imparcial, o qual concentra-se em julgar somente, tendo em vista que a iniciativa probatória é das partes, e de acordo com Junior (2019, p. 48), toda e qualquer iniciativa probatória do juiz, que determinar a produção de provas de ofício, já representa uma “substituição” da atuação probatória da parte. Respeitando isso, é possível falar em paridade de armas, para que ocorra uma disputa justa, sem que nenhuma parte esteja em desvantagem.

Assim, decorre do Iluminismo, que o devido processo legal deve garantir a solicitude para com o réu, para que ele tenha o julgamento mais apropriado possível, pois o cárcere “coisifica” o ser humano, inclusive o julgamento, por si só, mesmo sem a condenação, traz um enorme custo social ao réu.

A separação entre o órgão acusador e o julgador é uma característica fundamental do sistema processual acusatório, isto é, a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Logo, quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador.

Nesse sentido, para garantia da imparcialidade, o processo penal acusatório caracteriza-se, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo, até mesmo porque de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício, etc. Portanto, deve se concentrar apenas nas partes a iniciativa, não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova, sendo absolutamente incompatível com o sistema acusatório a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz.

O terceiro e último sistema processual penal identificado pela doutrina seria o Sistema Misto. Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema foi o francês, no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, uma vez que foi pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e, na atualidade, é o mais utilizado (Lopes Júnior, 2019, p. 48)

Sendo assim, percebe-se que, no Código Napoleônico, uniu-se as virtudes dos dois sistemas processuais anteriores, caracterizado pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.

Nesse sentido, parte da doutrina sempre entendeu que, no Brasil, o sistema processual penal adotado era o misto, uma vez que a persecução penal Brasileira se divide em duas partes: O inquérito policial, de cunho inquisitório, e a Ação Penal, procedimento voltado a garantir o contraditório e a ampla defesa, momento em que a acusação fica a cargo do Ministério Público e o julgamento do Juiz de Direito. Ocorre que, analisando a fase pré-processual inquisitória e a fase processual acusatória, Coutinho (2003, n.p.) identifica que:

É isso que Jean-Jacques-Régis de Cambacérés faz passar no Código napoleônico, de 17-11-1808. Segundo Hélie (*Traité*, I, 178, § 539), é “laloiprocedurecriminellelamoinsimperfaite” dumond. Enfim, monstro de duas cabeças; acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório, numa verdadeira fraude. Afinal, o que poderia restar de segurança é o livre convencimento, ou seja, retórica e contra-ataques; basta imunizar a decisão com um belo discurso. Em suma: serviu a Napoleão um tirano; serve a qualquer senhor; não serve à democracia.

Dessa forma, o código de processo penal vigente, considerado misto, é promulgado em 1941, durante o Estado Novo (governo autoritário de Getúlio Vargas que teve início em 1937). Entretanto, Lopes Júnior (2013, p. 120) explica que a fraude consiste no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do

processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão que está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

De fato, mesmo que não se faça menção expressa a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão de determinado juiz não foi tomada com base nele? De acordo com o pensamento de Prado (2005), uma vez que o juiz esteja convicto que o acusado é culpado, este investe no meio de prova que sequer foi pensado pela acusação para confirmar sua tese, assim, implicando diretamente na imparcialidade e inércia da jurisdição, ferindo o distanciamento que deveria se ter do interesse das partes.

Ocorre que, a Constituição da República de 1988 delimitou diversos princípios processuais penais que apontaram para um sistema mais acusatório. Contudo, tais princípios apenas indicam o caminho democrático que deve percorrer processo penal brasileiro, mas não impõem um comportamento acusatório, pois as regras processuais responsáveis por isso estão no Código de Processo Penal.

Diante do exposto e considerando o que sistema processual penal é um reflexo do contexto jus-político de cada nação, é de fundamental importância analisarmos o contexto histórico e jus-político do Código de Processo Penal Brasileiro para podermos compreender se, atualmente, ele tende a ser ainda um sistema mais inquisitivo ou acusatório.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Conforme visto, o Código de Processo Penal Brasileiro é fruto do regime anti-democrático vivido na Era Vargas, época de grande agitação política e inúmeras violações a direitos fundamentais. Para Vargas e seus apoiadores, fazia-se necessário o discurso de um governo central forte, fundamento na supremacia do “interesse público”. O Ministro da Justiça da época, Francisco Campos, inclusive se esforçou para apresentar o regime autoritário como uma instituição democrática e o único modo de combater as revoluções. Ele defendeu a criação de um único código para todo o país, valendo ressaltar que, a Constituição de 1891 inspirada no modelo norte-americano, dava autonomia para cada estado criar seu próprio Código de Processo Penal.

Dessa forma, a comissão nomeada pelo referido ministro resultou em um código que representava a situação política da época, a qual, de acordo com Silveira (2015), declaradamente autoritário e inspirado no *Codice Rocco* de processo penal (1930), código italiano de cunho facista, o qual poderia ser inserido na lógica mista de Napoleão. Consequentemente, faz parte do núcleo estruturante do Código de Processo Penal Brasileiro

características autoritárias que não condizem com o sistema acusatório, dentre elas, a busca pela “verdade real”, o que autoriza a participação ativa do julgador (juiz), podendo ele intervir no processo de forma até mesmo de forma a reduzir o papel das partes.

Percebe-se então que, a lei que deveria ter como uma de suas finalidades limitar o poder punitivo do Estado, em respeito à dignidade humana, protegendo o cidadão contra o risco de abuso deste no exercício do *Jus Puniendi*, acaba servindo de instrumento para legitimar a perseguição autoritária do Estado em direção ao acusado.

Entretanto, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 houve um vislumbre a respeito do sistema acusatório. A partir do surgimento desta Carta Magna, o Brasil assinou diversos tratados que garantem a proteção aos direitos humanos, desse modo, o acusado deixou de ser tratado como mero objeto do processo, o que acontecia no sistema inquisitório, e passou a ser visto como sujeito de direito.

A Carta Constitucional trouxe em seu art. 5º, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, 78 (setenta e oito) incisos essenciais, dentre eles a individualização da pena, a proibição das penas cruéis, de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado ou de banimento, a garantia ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, a plenitude de defesa no Tribunal do Júri, a inadmissão de provas obtidas por meios ilícitos, o direito ao silêncio e o princípio da presunção de inocência.

O fato é que a densidade principiológica da Constituição de 1988, notadamente em relação às declarações dos direitos fundamentais, que passaram a ser concebidos na qualidade de normas jurídicas elevadas à potência máxima, revogou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, ao tempo em que determinou uma releitura e reinterpretção de seus dispositivos com esteio nessa nova ordem jurídica, o que recomenda e exige uma modificação substancial da legislação infraconstitucional criminal, a fim de adequá-la ao paradigma do Estado constitucional, o qual possui como meio e fim os direitos fundamentais.

Caminhando para um sistema acusatório, a Constituição decreta em seu art. 127, denominado de “Das Funções Essenciais à Justiça” as atribuições e vedações do Ministério Público, e em seu art. 129, inciso I, declara que compete privativamente ao MP a propositura da ação penal pública, tais artigos são somente um exemplo das modificações trazidas pela Constituição de 1988. De fato, a valorização constitucional e independência do Ministério Público, como fiscal da lei e verdadeiro dono da ação penal, tem o objetivo de mitigar a concentração de poderes na mão de uma única autoridade, o juiz.

Dessa forma, em 2001 surgiram diversos projetos de lei voltados ao aperfeiçoamento do Código de Processo Penal Brasileiro, buscando garantir direitos fundamentais, a exemplo

da 4.203/01 (novos critérios para organização do júri), 4.204/01 (interrogatório e defesa), 4.205/01 (provas), 4.206/01 (recursos), 4.207/01 (procedimentos), 4.208/01 (prisão, medidas cautelares e liberdade) e 4.209/01 (investigação criminal), algumas resultaram nas Leis 11.689 (júri), 11.690 (provas) e 11.719 (procedimentos).

Em 2008, a Lei nº11.680, trouxe consigo mudanças nos artigos 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 da Lei de Processo Penal relacionados à prova. Tais modificações expressam a necessidade do contraditório, a exemplo do art. 155, que estabelece que o juiz formará sua convicção pela prova produzida mediante contraditório, isto é, não podendo firmar sua decisão somente no que é dito no inquérito. Importante frisar, que o inquérito policial produz “elementos informativos” que servirão de base à denúncia, pois a produção de prova só existe mediante o contraditório.

Vale destacar, que o art. 156, que trata do ônus da prova, é claro ao determinar que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, entretanto há um contraponto ao estabelecer que o juiz poderá atuar de ofício na produção de provas, o que só expressa como o caminhar do sistema inquisitivo para o sistema acusatório tem sido lento. Pois, ainda é notório a busca pela “verdade real” citada no capítulo anterior. Essa busca feita pelo magistrado, o qual deveria ser imparcial, vai totalmente contra o conhecido *In dubio pro reo*, pois na dúvida ele não é a favor do réu, na dúvida ele ordena a produção de provas.

Diante do exposto, percebe-se que, para adaptar-se ao modelo constitucional vigente o CPP passou e continua passando por diversas modificações. Tais reformas processuais penais vêm sendo feitas gradativamente, sendo que nenhuma das referidas reformas chegou a efetivamente declarar o sistema processual penal brasileiro como efetivamente acusatório, apenas houve modificações no sentido torná-lo menos inquisitivo. Ocorre que, a deflagração da controversa Operação Lava Jato, força tarefa iniciada em março de 2014, voltada a investigar crimes de corrupção, dentre outros, teve o condão de evidenciar a faceta mais inquisitiva do Código de Processo Penal e, como consequência, a necessidade de uma grande reforma voltada a impor limites aos poderes investigativos do magistrado.

A Operação Lava Jato tinha como alvos, além de donos de diversas empreiteiras e funcionários da Petrobras, diversos agentes políticos, dentre eles deputados federais, senadores e governadores. Assim, também por conta do apoio da mídia, essa investigação acabou se tornando em 2016 uma espécie de símbolo do combate à corrupção no Brasil. Entretanto, naquela época diversos juristas já identificavam alguns abusos na forma como as investigações da Lava Jato estavam sendo conduzidas, por exemplo: houveram prisões voltadas à viabilizar uma “colaboração” nos procedimentos investigatórios; um dos juízes

responsáveis pelo caso abertamente defendeu a utilização de provas ilícitas; os procuradores responsáveis pela “Lava Jato” chegaram ao ponto de reservar um hotel para realizar um evento de apresentação à imprensa da exordial acusatória do ex-presidente Lula.

Por motivos como estes Khaled Júnior (2016, p.105) concluiu que:

A Operação Lava-Jato representou e continua a representar uma ruptura significativa para a dinâmica habitual das práticas punitivas brasileiras (...) não só ocorreu uma universalização perigosíssima da arbitrariedade do sistema penal, como os limites do que é aceitável ou não no processo penal foram esticados até o ponto de ruptura: O discurso inquisitório não foi apenas recepcionado de forma irrestrita: ele foi revigorado e intensificado com base em novos vértices que fazem do sistema penal uma maquinaria potencialmente ainda mais destrutiva e movida por insaciável apetite cautelar, no âmbito de um estarrecedor balcão de negócios que abala profundamente o equilíbrio que deve funcionar como limite da persecução penal.

Para se ter uma ideia, sob o argumento de combate a corrupção, os desdobramentos da Operação Lava Jato chegaram a ocasionar diversas violações direitos fundamentais contrárias às decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula que se sentiu pressionado pela grande força política da referida operação.

Foi esse contexto *jus político* de investigações completamente abusivas, que incentivou o avanço das discussões legislativas para a atualização do Código de Processo Penal. Sendo assim, em dezembro de 2019 surge a lei nº 13.964, trazendo consigo a promessa de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, consolidando o sistema acusatório em seu art 3-A, o qual estabelece que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A mesma Lei, popularmente conhecida como “pacote anti-crime”, também apresentou o juiz das garantias, isto é, trata-se de um juiz atuante somente na fase pré-processual. O art. 3-D com o intuito de garantir o princípio da imparcialidade determina que “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo”.

Ainda com o propósito de garantir que o juiz que julgará o processo não tenha sua imparcialidade comprometida, o art. 3-B designa ao juiz das garantias a responsabilidade de decidir sobre os requerimentos formulados durante a investigação, como o de interceptação telefônica, busca e apreensão, entre outros, e impede a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz atuante no processo. Da mesma forma, o juiz fica impedido de decretar prisão preventiva de ofício, conforme o art. 311 do CPP, também advindo do “pacote anti-crime”.

Sendo assim, percebe-se que, se anteriormente prevalecia o entendimento de que o sistema previsto no CPP seria o sistema misto, a referida legislação teve o objetivo de pôr fim

a discussão. Porém, Renato Brasileiro sustenta que estamos diante de um sistema acusatório, todavia, não puro. Por sua vez, Aury L. JR. acredita que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, por isso ele defende que apesar da importância da separação das funções de acusar e julgar, isso não basta para definir o sistema como acusatório, uma vez que quando se fere a imparcialidade do julgador, desenha-se um sistema inquisitório.

De fato, apesar da Lei nº 13.964/19 regulamentar a devida estrutura acusatória para garantir a imparcialidade do juiz, a mesma ainda se faz omissa a respeito de diversos artigos encontrados no CPP que compactuam com o sistema inquisitivo. Dentre eles, o art. 385 que declara que nos crimes de ação pública, o juiz poderá optar pela sentença condenatória e reconhecer agravantes, mesmo que o MP tenha pedido pela absolvição, ferindo o princípio da imparcialidade e inércia do juiz, e prejudicando a uniformização da jurisprudência.

Ocorre que, diversas associações representativas da classe dos magistrados, em especial a AMB – Associação dos Magistrado Brasileiros, questionaram a constitucionalidade da nova lei que institui o “Juiz de Garantias”, pois segundo elas, o legislador não previu a necessidade de prévia dotação orçamentária para tais adaptações, a presente lei não dispôs da devida *vacatio legis* para sua implementação, e, ainda, consistiria em uma intervenção do Poder Legislativo na organização do Poder Judiciário, o que seria vedado pela Constituição. Assim, três ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade) foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal, são elas: ADIs: 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Em 2020, na ADI nº 6.298 o relator Ministro Luiz Fux, concedeu pedido liminar requerendo a suspensão de implementação do “Juiz de Garantias”. Dentre os dispositivos suspensos estava o artigo 3-A, que declara como acusatório o sistema processual penal brasileiro. Ocorre que, após 03 anos de suspensão, em dezembro de 2023, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do juiz das garantias, decidindo que aos Poderes da República cabe se organizar para que possíveis dificuldades à implementação do juiz de garantias sejam atenuadas, sendo possível implementar um real sistema acusatório, com uma justiça imparcial e eficiente.

Ocorre que, ainda subsistem no CPP diversos dispositivos de matriz inquisitória que são completamente incompatíveis com a atual sistemática implementada pela declaração de constitucionalidade do artigo 3-A da mesma lei. Ora, se anteriormente argumentava-se sobre a possibilidade de coexistência de dispositivos de matriz inquisitiva e acusatória, dentro do referido diploma processual penal, pois o sistema seria misto, atualmente, tal discurso não pode subsistir, uma vez que a própria lei impõe o sistema acusatório.

Portanto, o advento do artigo 3-A do CPP impõe uma verdadeira filtragem constitucional de diversos artigos do mesmo diploma legal, a começar pelo art. 385 que trata da possibilidade do magistrado condenar, ainda que o órgão de acusação peça a absolvição.

3. A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3-A DO CPP E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

Conforme visto, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu em 23/08/2023, que a alteração no Código de Processo Penal (CPP) que instituiu o juiz das garantias é constitucional. Assim, ficou estabelecido que a regra é de aplicação obrigatória, mas cabe aos estados, o Distrito Federal e a União definir o formato em suas respectivas esferas, uma vez que não cabe ao Poder Legislativo interferir na organização judiciária.

Segundo o Supremo, as regras, introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, são uma opção legítima do Congresso Nacional visando assegurar a imparcialidade no sistema de persecução penal. O entendimento foi de que, como a norma é de processo penal, não há violação do poder de auto-organização dos tribunais, pois apenas a União tem competência para propor leis sobre o tema.

Assim, a decisão proferida nas quatro ADIs: 6298, 6299, 6300 e 6305, deu prazo de doze meses, prorrogáveis por mais 12, para que leis e regulamentos dos tribunais sejam alterados no sentido de implementar o novo sistema do juiz de garantias, a partir de diretrizes fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O prazo começa a contar a partir da publicação da ata do julgamento.

Ocorre que, conforme visto, a separação da função de acusar e julgar é de fundamental importância para um processo penal mais acusatório, mas não é o suficiente para garantir a efetiva imparcialidade do juiz, é preciso instituir formas de manter a gestão e a iniciativa probatória exclusivamente nas mãos das partes, o juiz deve ser espectador e não ator.

A redação do art. 3-A do Código de Processo Penal, instituído pela Lei nº 13.964/19, demonstra que compreendeu-se que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Nesse sentido, o referido dispositivo legal prevê das situações, a primeira é no sentido de impedir a iniciativa do juiz na fase de investigação, e a segunda, diz respeito da instrução e esclarece que o magistrado não pode substituir a atuação probatória do órgão de acusação.

Quanto a primeira parte do art. 3-A, é interessante perceber que ela é devidamente complementada pelos dispositivos legais instituídos pela Lei nº 13.964/19, mormente o art. 3º-D, que cria o impedimento do magistrado, que atuou na investigação, atuar na instrução. Entretanto, percebe-se grande dificuldade de adaptação constitucional em relação a segunda parte do supracitado artigo, nas palavras de Lopes Júnior (2024, p.83):

Obviamente que não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura, e esse sempre será o maior desafio. Não tardarão em aparecer vozes no sentido de que o art. 156, I, deve permanecer, cabendo o agir de ofício do juiz quando a prova for urgente e relevante. Tal postura constitui uma burla à mudança, mantendo hígida a estrutura inquisitória antiga. Afinal, basta questionar: o que é uma prova urgente e relevante? Aquela que o juiz quiser que seja. E a necessidade, a adequação e a proporcionalidade, quem afere? O mesmo juiz que determina sua produção. Essa é a circularidade inquisitória clássica, que se quer abandonar. Fica a advertência para o movimento contrarreformista – ou o movimento da sabotagem inquisitória, como define Alexandre Morais da Rosa –, pois virá.

Ocorre que, um dos grandes antagonistas do modelo acusatório instituído pelo art. 3-A do Código de Processo Penal, é o art. 385 do mesmo diploma legal, o qual possibilita que: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada” (BRASIL, 1942, p. 19699). Portanto, de um lado temos dispositivo legal que efetivamente declara que o processo penal brasileiro é um sistema acusatório, mas de outro, temos um dispositivo que dá plena liberdade ao juiz para condenar, mesmo que nenhuma das partes do processo, após a instrução, a tenha requerido.

Assim, o grande problema reside no fato de que, considerando todo o histórico e cultura inquisitiva da legislação processual penal brasileira, a manutenção do art. 385 no Código dificulta ou mesmo torna sem qualquer efetividade a previsão constante na segunda parte do art. 3-A do mesmo diploma.

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 2.022.413-PA, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, entendeu que: “O artigo 385 do CPP não é incompatível com o sistema acusatório entre nós adotado e não foi tacitamente derogado pelo advento da Lei 13.964/2019, responsável por introduzir o art. 3º-A no CPP”. Segundo o voto condutor do acórdão, quando o Parquet pede a absolvição de um réu, não há, ineludivelmente, abandono ou disponibilidade da ação (Art. 42 do CPP), como faz o promotor norte-americano, que simplesmente retira a acusação e vincula o posicionamento do juiz.

Assim, sustentou-se que mesmo que o órgão ministerial, em alegações finais, não haja pedido a condenação do acusado, ainda assim remanesce presente a pretensão acusatória formulada no início da persecução penal – pautada pelos princípios da obrigatoriedade, da

indisponibilidade e pelo caráter publicista do processo –, a qual é julgada pelo Estado-juiz, mediante seu poder de dizer o direito (*juris dicere*). Portanto, o princípio da correlação, segundo a 6ª turma do STJ, vincula o julgador apenas aos fatos narrados na denúncia – aos quais ele pode, inclusive, atribuir qualificação jurídica diversa (art. 383 do CPP) –, mas não o vincula aos fundamentos jurídicos invocados pelas partes em alegações finais para sustentar seus pedidos.

Por fim, outro argumento levantado pela turma foi “o grave déficit de sindicabilidade dos atos do membro do Ministério Público”, pois eventual erro ou comprometimento ético do representante do MP não seria passível de nenhum controle, diante da ausência de interesse em recorrer da decisão judicial que acolhe o pedido absolutório ou extintivo da punibilidade, cenário afrontoso aos princípios fundantes de qualquer Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, é possível perceber que o próprio Superior Tribunal de Justiça acaba incorrendo no que professores como Lopes Júnior (2024) alertam, pois segundo eles, basta um belo discurso do julgador para imunizar uma decisão cuja conclusão só foi possível a partir do comportamento inquisitório do juiz.

De fato, ao analisarmos o voto condutor do acórdão, proferido no Recurso Especial 2.022.413-PA, é possível perceber que o relator ressalta a clara distinção entre o sistema norte-americano, no qual o promotor de justiça retira a acusação e vincula o posicionamento do juiz, e o sistema processual brasileiro, em que a ação penal é indisponível, sendo obrigatório que, após o recebimento da denúncia, ocorra toda a instrução e o processo chegue ao seu fim, a partir uma sentença. É a partir dessa diferenciação que o julgador do referido recurso argumenta, no sentido de bastar a apresentação da denúncia para que o juiz, então, tenha toda a liberdade de atuação no processo, isto é, os princípios do impulso oficial e da inafastabilidade da jurisdição são utilizados como fundamento do protagonismo do julgador. Vejamos a seguinte argumentação presente na ementa do referido recurso especial:

Tal como ocorre com os poderes instrutórios residuais do juiz no sistema acusatório, que se justificam excepcionalmente à vista do risco de se relegar a busca da verdade processual apenas às partes – as quais estão em situação de engajamento e têm interesse em ganhar a causa, e não necessariamente em demonstrar o que de fato aconteceu –, pela mesma razão se explica a possibilidade – também excepcional – de que o juiz condene o réu mesmo que o Ministério Público peça a absolvição dele (Brasil, 2022, p.4).

Assim, percebe-se nesta argumentação todo o resquício da cultura inquisitiva ainda presente em nosso judiciário que declaradamente se recusa a deixar nas mãos das partes a instrução processual. Ora, qual é o “*risco de se relegar a busca da verdade processual apenas às partes*”? Vale lembrar que, os membros do MP são tão capacitados quanto os membros do

Poder Judiciário, inclusive passam por concurso público semelhante, possuem progressão de carreira parecida, têm as mesmas garantias etc. Então qual a preocupação de deixar uma suposta busca da verdade nas mãos deste profissional? Além disso, “*demonstrar o que de fato aconteceu*” também não é e não deve ser a preocupação do julgador, principalmente porque tal objetivo tem o condão de fazer o magistrado se dedicar a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, tornando-o um juiz inquisidor e não um juiz imparcial. É como explica “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro” (Coutinho, 1998, p37).

A preocupação com a busca da verdade e a necessidade de se estabelecer uma sindicabilidade nos atos do membro do Ministério Público, ao que tudo indica, tem sido as maiores preocupações da jurisprudência, o que efetivamente indica a cultura inquisitiva dos nossos tribunais, principalmente quando se percebe que toda essa discussão ignora um fato, temos um cidadão sendo absolvido.

Quando se discute sobre a incidência do art. 385 do Código de Processo Penal em determinado caso concreto sempre temos um acusado que está sendo absolvido, logo, nenhum direito individual do cidadão está sendo mitigado. Nesse contexto, porque se preocupar com a sindicabilidade dos atos do Ministério Público, se ele não pretende, por meio do processo penal em que está pedindo absolvição, relativizar a liberdade do acusado? Ora, se a função do processo penal é servir de instrumento limitador do poder punitivo Estatal em face do cidadão e o objetivo do órgão de acusação, ao realizar um pedido absolutório, é que ninguém seja punido, a quem serve a condenação? Ao Juiz? Por quê? Se ele é imparcial.

Quanto a função do Direito Processual Penal, Nucci (2024, p.1) ensina que:

É o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir a aplicação de vários dos princípios constitucionais, consagradores de garantias humanas fundamentais, servindo de anteparo entre a pretensão punitiva estatal, advinda do Direito Penal, e a liberdade do acusado, direito individual.

Logo, a sindicabilidade do Ministério Público, bem como de qualquer autoridade envolvida no processo penal, deve ter como premissa a violação de um direito individual, isto é, houve pedido de prisão ou mesmo condenação? Se sim, as regras processuais devem ter sido obedecidas, caso contrário, o juiz do caso deve atuar para sanar a ilegalidade perpetrada e resguardar o direito individual. Ocorre que, se não houve direito violado porque o juiz deverá atuar? Ao buscar a condenação o juiz está resguardando o direito de quem?

O órgão julgador deve servir de filtro da atividade do órgão de acusação apenas em caso de relativização de direitos fundamentais, que é o que acontece se pede a condenação do

acusado. Do contrário, inverte-se toda a lógica do sistema acusatório, mormente quando há recurso de sentença condenatória sem pleito condenatório do Ministério Público, pois as razões recursais da defesa (ou do próprio Ministério Público) vão atacar exclusivamente a sentença, ou seja, o órgão recursal (Poder Judiciário) deverá julgar se assiste razão às partes ou ao julgador, o que não deixa de ser um verdadeiro contrassenso. Prado (2006, p.116), sobre o art. 385, do CPP, afirma que:

(...) não significa dizer que o juiz está autorizado a condenar naqueles processos em que o Ministério Público haja requerido a absolvição do réu, como pretende o artigo 385 do Código de Processo Penal Brasileiro. Pelo contrário. Como o contraditório é imperativo para validade da sentença que o juiz venha a proferir, ou, dito de outra maneira, como o juiz não pode fundamentar sua decisão condenatória em provas ou argumentos que não tenham sido objeto de contraditório, é nula a sentença condenatória proferida quando a acusação opina pela absolvição. O fundamento da nulidade é a violação do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República).

Nesse contexto, o juiz não poder condenar quando o Ministério Público pede absolvição não o torna um mero homologador da manifestação ministerial, pois para pedir absolvição o promotor deve passar por toda a instrução e cotejar provas, momento em que o magistrado deve ficar vigilante caso algum direito seja violado, havendo pedido absolutório por parte da acusação, não há qualquer direito fundamental em risco, logo nenhuma necessidade de atuação do garantidor de direitos fundamentais, isto é, do juiz.

No sistema acusatório, o papel do órgão judicial é resolver casos e questões; se não houver nenhum deles (por exemplo, quando o MP solicita a absolvição), o juiz não tem nada a decidir. O impulso inicial - sempre dentro da estrutura acusatória - não é suficiente para o juiz tomar uma decisão quando não há questão ou mesmo um caso criminal. Tanto é verdade que, se o MP desejar (e for permitido pela lei), pode retirar a acusação e o processo será arquivado. Isso já ocorre no Brasil em processos resultantes de ações privadas. A condenação nos termos do art. 385 do CPP também não pode ser justificada com base no interesse público, pois é o MP, representante do interesse público e com exclusividade na titularidade da Ação Penal Pública por mandato constitucional, que requer a absolvição.

Portanto, quando o juiz condena apesar do MP ter requerido a absolvição, ele assume uma postura inquisitiva, violando os princípios fundamentais do sistema acusatório. Em contraste, em países como Itália e Espanha, que adotam o sistema acusatório, a vontade acusatória do MP, como titular da ação, vincula a decisão judicial, mesmo nos casos de tribunal do júri. Resolvendo a controvérsia recentemente discutida na Sexta Turma do STJ, no REsp 2.022.413/PA, onde se consideramos que o voto do ministro Reis Júnior deveria prevalecer, pois segundo ele “se é vedado ao Magistrado decretar *ex officio* a prisão cautelar,

também não deve ser admitida a atuação de ofício no sentido de condenar alguém, medida essa indubitavelmente mais gravosa do ponto de vista processual penal” (Reis Júnior, 2023).

O referido voto do Ministro Sebastião Reis indica uma nova abordagem, que deveria ser já estabelecida, na compreensão do caráter acusatório da ação penal. Mesmo no sistema processual penal dos Estados Unidos, onde há críticas pelo uso excessivo da negociação penal (pleabargaining), o titular da ação tem o direito de retirar a acusação (decisão sobre o pedido do Ministério Público para retirar as acusações) e essa decisão vincula o juiz. Embora no sistema brasileiro se reconheça o dever legal de prosseguir com a ação penal até o fim, é precisamente por essa obrigação que a decisão judicial subsequente deveria ser vinculada, considerando o alto grau de autonomia que deve ser atribuído às alegações finais do Ministério Público e outras manifestações, para garantir um caráter de imparcialidade equivalente ao dos magistrados.

Além disso, em relação ao direito comparado, no Chile já existe um exemplo de sistema acusatório consolidado, onde o juiz leva em consideração a opinião da fiscalia, mantendo assim sua imparcialidade, em conformidade com o paradigma de um sistema acusatório.

Seguindo essa mesma linha, outro exemplo comparativo vem da Argentina, onde uma reforma processual introduziu a vinculação da decisão judicial à opinião do MP. Essa tendência é digna de consideração, especialmente em países de modernização tardia, ou seja, países que se desenvolveram social e economicamente de maneira periférica e que têm um histórico sombrio em termos de direitos humanos e garantias processuais penais, como nos exemplos mencionados, ambos Estados que foram marcados por ditaduras e que causaram sofrimento a milhares de pessoas.

Ao admitir que um juiz possa condenar mesmo quando a acusação requer a absolvição, está-se permitindo a participação de um juiz que fundamenta sua decisão além dos argumentos apresentados pelas partes, baseando-se em suas próprias convicções.

O cerne da questão é que tanto o MP quanto o Juiz representam o Estado. No caso do art. 385 do CPP, temos de um lado o titular da pretensão acusatória, que, exercendo seu direito, requer a absolvição do acusado, e, do outro lado, o juiz, que, ao sobrepor sua avaliação à do órgão ministerial estatal, opta pela condenação. São como dois corpos do rei. O Estado fornecendo, no mesmo nível de jurisdição, duas respostas distintas. Isso implica na institucionalização não apenas da insegurança jurídica, mas também do modelo inquisitório.

O fato é que o artigo 385 do Código de Processo Penal não se encaixa no modelo acusatório, mesmo que se reconheça que o órgão ministerial, ao pleitear a absolvição, possa

fazê-lo com um viés parcial em sua análise de mérito. Nesse contexto, a única justificativa, sob a ótica acusatória, para que o titular da ação possa ser ignorado ou sobreposto pelo magistrado não é embasada na aplicação desse dispositivo específico. A questão crucial é que, em situações de parcialidade por parte do Ministério Público, não é a interpretação do artigo 385 do CPP que aponta para essa correção, mas sim a do artigo 104 do mesmo código. Em um cenário, como o sistema acusatório, onde os agentes estatais devem manter imparcialidade, aceitar a disposição apresentada no artigo 385 do CPP é o mesmo que tacitamente admitir a possibilidade de parcialidade por parte do Estado, o que é inaceitável.

Com base nessas considerações, a decisão do STF nas ADIs supracitadas, foram no sentido de que não há inconstitucionalidade em relação à primeira parte do artigo 3º-A, ao afirmar que "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação". Isso tem implicações jurídicas significativas. Se o processo é acusatório, não pode haver vestígios inquisitórios. Essa premissa estabelecida vincula todo o sistema. Decisões em controle concentrado possuem efeito vinculante, então, se o STF considera constitucional o artigo 3º-A do CPP, todos os dispositivos inquisitoriais remanescentes devem ser ajustados. Isso inclui o artigo 385, que precisa ser eliminado para não contradizer o princípio do sistema acusatório.

Infelizmente, conforme visto a jurisprudência do STJ está se consolidando no sentido de entender que, a declaração de constitucionalidade do artigo 3-A do CPP tão somente impõe um ônus de fundamentação elevado, para justificar a excepcionalidade de decidir pela condenação, contra o titular da ação penal. Dessa forma, mesmo com a declaração de constitucionalidade do artigo 3-A, o STJ chegou ao ponto de praticamente aceitar a matriz inquisitória do CPP, momento em que não apenas incentiva juízes a se portar como parte, como também os obriga a fundamentar sua decisão de forma a substituí-las.

Portanto, o artigo 385 do CPP, ainda em vigor, não é válido, mas infelizmente ainda é aplicado. Em verdade, o referido dispositivo consiste em uma relíquia autoritária da era Vargas que o Brasil ainda não conseguiu eliminar, mesmo após mais de 35 anos da Constituição de 1988. Agora, cabe ao Supremo Tribunal Federal analisar e trabalhar a compatibilidade constitucional do referido dispositivo de diversos outros que ainda põe em xeque o sistema acusatório brasileiro, mesmo com o advento e a declaração de constitucionalidade do artigo 3-A do Código de Processo Penal Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, é possível perceber que, se antes do advento da Lei nº 13.964/19 a preocupação da doutrina era encontrar uma forma de não deixar a atuação do julgador, no inquérito policial, influenciar no julgamento de mérito, agora, tal preocupação consiste em encontrar uma forma de não deixar o julgador, responsável pelo julgamento de mérito, utilizar de dispositivos inquisitoriais que vão de encontro a declaração contida no art. 3-A do CPP.

Ocorre que, devido aos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais” e, agora, estão tacitamente revogados pelo art. 3º-A do CPP, com a redação da Lei n. 13.964.

Pragmaticamente falando, o artigo 385 do CPP talvez seja o maior desafio dessa “filtragem constitucional”, uma vez que, ao garantir a possibilidade do juiz condenar, independentemente do pedido absolutório por parte do dono da ação penal, tal dispositivo concede poderes que os próprios membros do Poder Judiciário tem dificuldade em abrir mão.

Percebe-se que a dificuldade de declarar a incompatibilidade do art. 385 com a estrutura acusatória imposta pelo artigo 3-A do CPP, não tem relação com os direitos individuais do acusado que o processo penal tem o objetivo de proteger, mas relaciona-se com o protagonismo que alguns membros do Poder Judiciário se recusam em abrir mão em prol das partes, mormente do MP.

Portanto, conclui-se que a declaração de constitucionalidade do artigo 3-A do Código de Processo Penal se consubstancia em um ponto sem volta, capaz de revelar a verdadeira dificuldade em instituir o modelo acusatório no processo penal brasileiro: trata-se de uma disputa de poder em que o seu detentor é justamente aquele que, em nome dos direitos fundamentais, deve renunciar a tal poder. A compatibilidade do art. 385 do CPP com o sistema acusatório declarado pelo artigo 3-A do mesmo diploma legal, ainda não foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, cabe ainda ao guardião da Constituição.

Do contrário a única forma do processo penal avançar em direção a um verdadeiro sistema acusatório dependerá de nova iniciativa do Poder Legislativo, que provavelmente só irá agir quando tivermos, novamente, o escândalo de único magistrado sendo capaz de abalar as estruturas jus políticas do Estado Brasileiro e violar os direitos fundamentais de diversas pessoas, tudo em nome da justiça, como aconteceu durante a Operação Lava-Jato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07, abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Dispõe sobre crimes de ação pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm. Acesso em: 11 de abr. 2024

BRASIL. **Lei nº 11690, de 10 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. [S. l.], 10 jun. 2008. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm Acesso em: 10, abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. [S. l.], 23 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 07, abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 2022413/PA**. Recurso Especial. Concussão. Alegada violação dos arts. 938 e 939 do CPC. Não conhecimento. Falta de prequestionamento e Fundamentação deficiente [...]. Recorrente: Bezaliel Castro Alvarenga. Recorrido: Ministério Público do Estado do Para. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, 07 de março de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200356440&dt_publicacao=07/03/2023. Acesso em: 11 de abr. 2024.

FILHO, W. M. Sistema acusatório e garantismo – uma breve análise das violações do sistema acusatório no código de processo penal. De Jure, Belo Horizonte, n. 12, p. 195-205, jan./jun. 2009. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/28044/sistema_acusatorio_garantismo_breve.pdf . Acesso em: 05, ago. 2024.

JR., A. L. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo, Editora Saraiva, 2024. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620494/> . Acesso em: 05, abr. 2024.

JR., A. L. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553620609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620609/>. Acesso em: 09 abr. 2024.

KHALED JR, Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016, p. 105
PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.116/117.

RAMOS, J. G. G. **Sistemas Processuais Penais**, p. 30-33, (2000). Disponível em: <https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:TiytMFtqvZIJ:scholar.google.co>

[m/+origem+dos+sistemas+processuais+penais&hl=pt-BR&as_sdt=0,5](#) Acesso em: 05, ago. 2024.

SCHNEIDER, G. **Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil: Uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado democrático de Direito.** 2014. 213 p. Dissertação (Pós graduação em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio dos Sinos, 2014. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4212/Gabriela%20Schneider.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em: 07 abr. 2024

SESSÃO do caso PowerPoint de Deltan registra recorde audiência no canal do CNMP. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-27/sessao-livrou-cara-deltan-registra-recorde-audiencia>. Acesso em: 10 de março de 2021.

SILVA, D. N. **A evolução histórica do código de processo penal do Brasil e a adoção do sistema acusatório pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 2023. 25 p. Dissertação (Pós graduação em Direito) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://www.femperj.org.br/assets/files/A-EVOLUOHISTRICADOCPPDOBRAILEAADOODOSISTEMAACUSATRIOPELACRFBDE1988.pdf> . Acesso em: 07, abr. 2024

SILVEIRA, M. A. N. **A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro.** R. EMERJ, Rio de Janeiro.2015. p. 264-275. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf. Acesso em: 10, abr. 2024

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro. **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda**, p. 57-72, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de jurisprudência.** Brasília, DF: STJ, c2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%28%22RESP%22+adj+%28%222022413%22+ou+%222022413%22-PA+ou+%222022413%22%2FPA+ou+%222.022.413%22+ou+%222.022.413%22-PA+ou+%222.022.413%22%2FPA%29%29.prec%2Ctext.#:~:text=Vale%20dizer%2C%20uma%20vez%20formulado,em%20suas%20alega%C3%A7%C3%B5es%20finais%2C%20a>. Acesso em: 11 de abr. 2024.

TAVARES. J; CASARA. R. **Prova e Verdade.** São Paulo, TirantloBlanch, 2020, 13 p. ISBN 9786586093377. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/98491084/355092847.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2024.